

Belgisch Centrum voor Vennootschapsrecht
t.a.v. Prof. Dr. Jean-Marie Nelissen Grade

Leuven, 5 februari 2015

Geachte professor,

Omtrent het voorstel van het Belgisch Centrum voor Vennootschapsrecht (“BCV”) tot invoering van de statutaire zetelleer

Zoals gevraagd, willen we zeer beknopt enkele bemerkingen plaatsen bij het voorstel van het BCV om van de statutaire zetel de exclusieve aanknopingsfactor te maken voor het bepalen van het op rechtspersonen toepasselijke recht. Er wordt enkel ingegaan op (i) vennootschappen met rechtspersoonlijkheid en (ii) de aanvankelijke bepaling van het toepasselijke recht (niet op bijzondere problemen eigen aan een latere wijziging van het toepasselijke recht en/of de werkelijke zetel). De onderstaande opmerkingen geven de kern weer van argumenten die worden uitgewerkt en onderbouwd in een bijdrage die we zullen aanbieden aan het Tijdschrift voor Rechtspersoon en Vennootschap.

* *
*

1. De werkelijke zetelleer moet begrepen worden als een unilaterale antimisbruikbepaling

1.1 De werkelijke zetelleer verhindert de keuze voor buitenlands recht indien de “werkelijke zetel” in België ligt, nooit de keuze voor Belgisch recht (ook niet als de “werkelijke zetel” in het buitenland ligt).

Traditioneel vertonen de Belgische regels voor het toepasselijk vennootschapsrecht een eenrichtingslogica:

- Principieel wordt een vennootschap beheerst door het recht van het land waar haar statutaire zetel zich bevindt.
- Een decalage tussen het toepasselijke recht en het werkelijke zwaartepunt wordt enkel als problematisch beschouwd wanneer de voornaamste vestiging van de vennootschap (de “werkelijke zetel”) zich in België bevindt.
- In andere gevallen blijft de statutaire zetel de aanknopingsfactor: de Belgische rechtsorde heeft er geen problemen mee dat voor Belgisch recht gekozen wordt wanneer de “werkelijke zetel” in het buitenland ligt, noch dat voor buitenlands recht wordt gekozen wanneer de “werkelijke zetel” buiten België ligt in een ander land dan het land van het gekozen recht.

De eenzijdige toepassing van de werkelijke zetelleer bleek duidelijk uit de bewoordingen van oud artikel 56 W.Venn., dat bepaalde: “Een vennootschap waarvan de werkelijke zetel zich in België bevindt, is aan de Belgische wet onderworpen, ook al is de akte van oprichting in het buitenland verleden.” (eigen onderstreping).

1.2 Het unilateraal karakter van de werkelijke zetel komt doordat zij een antimisbruikbepaling is. Dit unilateraal karakter van de werkelijke zetel kan worden verklaard vanuit haar *ratio legis*. De werkelijke zetelleer is een vorm van “*piercing the corporate veil*”, die bij verregaande *shopping* van het toepasselijk vennootschapsrecht (bv. brievenbusvennootschappen) de economische werkelijkheid laat doorwegen. Het idee daarbij is dat het Belgische vennootschapsrecht ook de bescherming van derden tot doel heeft (zie hierna nr. 2.2), met het gevaar dat de oprichters zich opportunistisch aan die bescherming kunnen onttrekken. Op grond van de werkelijke zetelleer kan in die gevallen naar de economische werkelijkheid achter de juridische vorm worden gekeken ter bescherming van derden. De werkelijke zetelleer wordt dan ook terecht gezien als een antimisbruikmechanisme.

Dit verklaart het unilateraal karakter: de Belgische rechtsorde heeft geen probleem met een vrijwillige keuze voor de Belgische regels van derdenbescherming door de oprichters. (Uiteraard kan dan wel een andere rechtsorde de keuze voor het Belgische recht als misbruik beschouwen.)

1.3 Ook onder het WIPR wordt de werkelijke zetelleer unilateraal toegepast. In het huidige WIPR is de werkelijke zetelleer als een multilaterale aanknopingsfactor geformuleerd (zie art. 110, eerste lid, WIPR: “*Rechtspersonen worden beheerst door het recht van de Staat op wiens grondgebied zich vanaf de oprichting hun voornaamste vestiging bevindt.*”). Indien dit consequent zou worden toegepast, zou dit betekenen dat ook de keuze voor Belgisch vennootschapsrecht kan worden gesanctioneerd door het Belgisch IPR.

Het komt ons echter voor dat deze multilaterale bepaling in de praktijk zo niet wordt toegepast. De werkelijke zetelleer wordt onzes inziens nog steeds unilateraal toegepast als de antimisbruikbepaling die zij traditioneel was. Een vennootschap opgericht naar Belgisch vennootschapsrecht zal ook onder het WIPR nooit in de Belgische rechtsorde een probleem ondervinden doordat haar economisch zwaartepunt of beslissingscentrum in het buitenland zou liggen. Zo niet, zouden vele vennootschappen opgericht naar Belgisch recht die deel uitmaken van een multinationale groep als een buitenlandse vennootschap moeten worden gekwalificeerd. In de praktijk rijst dat probleem nooit.

Deze zienswijze wordt ook bevestigd door de regel van *renvoi* in artikel 110, tweede lid, WIPR: indien het buitenlands recht verwijst naar het Belgisch recht (als staat volgens hetwelk de rechtspersoon is opgericht), is dit Belgische recht terug toepasselijk. De Belgische wetgever heeft aldus willen vermijden dat door een multilaterale toepassing van de werkelijke zetelleer een buitenlands vennootschapsrecht van toepassing zou worden op een vennootschap opgericht naar Belgisch recht. De techniek van de *renvoi* unilateraliseert de meerzijdige aanknopingsfactor. Dit valt des te meer op omdat het WIPR elders het gebruik van de techniek van *renvoi* bijna algemeen heeft afgeschaft.

2. De vennootschap heeft als organisatie invloed op derden, waardoor een vrije keuze door de oprichters van het toepasselijk recht onwenselijk is

2.1 De statutaire zetelleer ziet het vennootschapsrecht als “contractenrecht” met een vrije keuze van de *lex contractus*. Het fundamentele bezwaar dat we hebben tegen de statutaire zetelleer is dat zij gestoeld is op de idee dat wilsautonomie het vennootschapsrecht volledig kan invullen. In deze benadering is de vennootschap louter een “contract” tussen de investeerders en geldt het vennootschapsrecht als een “aanvullend contractenrecht”.

In die optiek is het ook vanzelfsprekend dat er vrije keuze bestaat van het toepasselijk vennootschapsrecht, net zoals bij het conflictenrecht voor contracten een vrije keuze van de *lex contractus* vooropstaat. Bij “partijenrecht” hebben de partijen een vrije keuze van dat recht.

2.2 De werkelijke zetelleer ziet het vennootschapsrecht ook als “zakenrecht”, met het toepasselijk recht gecorrigeerd door een objectieve situs. Wellicht de belangrijkste evolutie van deze eeuw in de rechtseconomische analyse van het vennootschapsrecht, is de ontwikkeling van het inzicht dat een vennootschap niet louter een *nexus of contracts* is. De vennootschap heeft ook rechtstreekse gevolgen voor (de vermogens van) derden; derden die overigens niet altijd er voor kunnen kiezen om al dan niet met de vennootschap in een rechtsbetrekking te staan (bv. slachtoffers van een onrechtmatige daad). Zo bekeken, is vennootschapsrecht naast “contractenrecht” ook “zakenrecht” (zie hierover o.a. J. ARMOUR en M. J. WHINCOP, “The Proprietary Foundations of Corporate Law”, *Oxford Journal of Legal Studies* 2007, 429-465; H. HANSMANN en R. KRAAKMAN, “The Essential Role of Organizational Law”, *Yale L.J.* 2000, 387-440).

Eigenlijk heeft de Anglo-Amerikaanse rechtseconomische analyse hiermee gewoon de oude continentale preoccupatie met het “afgescheiden vermogen” ontdekt. Een belangrijk aspect daarvan is de *corporate veil*: aandeelhouders wijzen de eigendom van bepaalde activa toe aan de rechtspersoon, maar behouden zelf de feitelijke controle. Deze scheiding van eigendom en feitelijke controle verhoogt het risico op opportunistisch gedrag van de aandeelhouders, zeker wanneer die beperkt aansprakelijk zijn.

In die traditionele continentale visie – en dus ook in de recente Anglo-Amerikaanse filosofie – ligt het voor de hand dat ook derden worden beschermd. Tegelijkertijd ligt het voor de hand dat de aandeelhouders, tegen wier opportunisme die derden net moeten worden beschermd, geen volledige keuzevrijheid hebben over het recht dat die bescherming biedt. In het zakenrecht – het “derdenrecht” bij uitstek – wordt het toepasselijk recht bepaald door de ligging als objectieve factor (*lex rei sitae*). Als wordt erkend dat in het vennootschapsrecht ook de bescherming van de belangen van derden een belangrijke rol spelen, is het evenzeer vanzelfsprekend dat daar de “partijen” geen volledig vrije keuze van het toepasselijk recht hebben.

De gedachte dat wanneer een rechtsband een impact heeft op derden, de aanknopingsfactor in belangrijke mate moet worden geobjectiveerd en aan de volkomen keuzevrijheid onttrokken, vinden we ook in het insolventierecht. Het “centrum van de voornaamste belangen” (COMI) uit het insolventierecht schurkt op dat vlak erg dicht tegen de “werkelijke zetel” aan.

Real seat, COMI en *lex rei sitae* zijn daarbij verschijningsvormen van dezelfde filosofie. Dat het toepasselijk zakenrecht wordt bepaald door de objectieve *situs* van het betrokken goed, wordt zelden in twijfel getrokken. Is het dan eigenaardig dat het juridisch statuut van een afgescheiden vermogen mee door de *situs* van dat vermogen wordt bepaald? Is het omgekeerd niet eigenaardig dat de deelgenoot van dit afgescheiden vermogen de volledig vrije keuze zou hebben van dit toepasselijk recht, ook waar het repercussies heeft op onvrijwillige derden?

2.3 Een keuze voor de statutaire zetel importeert een regel uit een buitenlands rechtstelsel, zonder tegelijkertijd in dat stelsel alternatieve regels van derdenbescherming buiten het vennootschapsrecht mee te importeren. Een wettelijke keuze waarbij het vennootschapsrecht van haar objectieve

aanknopingsfactoren wordt ontdaan, staat haaks op het nog altijd waardevolle continentale inzicht dat een vennootschap als afgescheiden vermogen niet louter een contract is, maar ook een zakenrechtelijke component heeft. Het zou eigenaardig zijn dit inzicht overboord te gooien, net nu het ontdekt werd door de Anglo-Amerikaanse doctrine.

Dit zou bovendien gebeuren zonder dat we de Anglo-Amerikaanse derdenbeschermende alternatieve regels en systemen *buiten het vennootschapsrecht* kopiëren of via ons IPR importeren. Om er maar enkele te noemen: een eengemaakt faillissementsrecht zonder mogelijkheid van rechtskeuze (*Bankruptcy Code*); een slagvaardig strafrechtelijk apparaat; een materieel aansprakelijkheidsrecht en privaatrechtelijke procedures die opportunistisch gedrag krachtadig kunnen beteugelen; een verfijnder recht om paulianeuze handelingen aan te vechten; een rijpe doctrine rond aandeelhoudersaansprakelijkheid en groepsrecht; *trustees* of vereffenaars die de prikkels en de middelen hebben om schuldeisersbenadeling te sanctioneren; ...

De statutaire zetelleer kan als exoot in ons systeem een ravage aanrichten, waar dit in haar oorspronkelijk ecologisch systeem door andere regels word vermeden.

2.4 De statutaire zetelleer is conceptueel moeilijk verzoenbaar met de keuze voor dwingendrechtelijke regels van vennootschapsrecht. Wij begrijpen dat in de andere (“internrechtelijke”) voorstellen van het BCV nog een belangrijke rol is weggelegd voor regels van dwingend recht, dit zijn regels die de oprichters niet vrijwillig kunnen wegbedingen.

Hoe zou deze beleidslijn van het BCV te verzoenen zijn met de mogelijkheid voor diezelfde oprichters om, door een vrije keuze van het toepasselijk recht, heel het Belgisch vennootschapsrecht weg te bedingen, inclusief die dwingendrechtelijke bepalingen?

3. Weerlegging van enkele beweerde voordelen van de statutaire zetelleer

3.1 De statutaire zetelleer implementeert consequenter de Europese rechtspraak. En dat is geen goede zaak. Ongetwijfeld laat de statutaire zetelleer zich makkelijker verzoenen met de rechtspraak van het Hof van Justitie over de vrijheid van vestiging.

Als men inziert dat de werkelijke zetelleer eigenlijk een eenzijdige antimisbruikbepaling is, is de Europese rechtspraak zelfs nog moeilijker verenigbaar met de werkelijke zetelleer dan meestal wordt gesteld. Zo wordt aangehaald dat het Hof van Justitie nog wel toelaat dat lidstaten de erkenning als binnenlandse rechtspersoon koppelen aan het behoud van de werkelijke zetel op het eigen grondgebied. Dat is juist, maar dit spoort echter helemaal niet met de *ratio legis* van de werkelijke zetelleer, zoals hiervoor in nr. 1 geschetst. De paraplu mag dus nog wel worden gebruikt, maar niet als het regent.

De voornoemde bezwaren tegen de statutaire zetelleer gelden dan ook evengoed voor de vrijheid van vestiging, zoals geïnterpreteerd door het Hof van Justitie. De blindheid van het Hof van Justitie voor de rechten van derden blijkt bv. uit deze passage uit het “Inspire Art” arrest: “Haar [d.i. de buitenlandse vennootschap] potentiële schuldeisers worden voldoende geïnformeerd van het feit dat zij onder een andere

wettelijke regeling valt dan die welke in Nederland geldt voor de oprichting van vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid, en met name voor het minimumkapitaal en de aansprakelijkheid van bestuurders” (HvJ 30 september 2003, Inspire Art, Jurispr. 2003, I-10155, r.o. 135). Dit miskent onder meer helemaal het bestaan van onvrijwillige schuldeisers, zoals de slachtoffers van een onrechtmatige daad. Overigens is het ook een open deur dat vele vrijwillige schuldeisers (zoals werknemers of kleine leveranciers) “non-adjusting creditors” zijn, die niet in staat zijn de voorwaarden van hun schuldvordering aan te passen aan het risico dat zij dragen, bv. omwille van een zwakke onderhandelingspositie of hoge informatiekosten (zie J. ARMOUR, G. HERTIG en H. KANDA, “Transactions with Creditors” in R. KRAAKMAN et al., *The Anatomy of Corporate Law*, Oxford, Oxford University Press, 2009, (115) 120-121).

Tot nog toe, is onze indruk, heeft de Europese rechtspraak weinig invloed op de Belgische praktijk. De rechtspraak van het Hof van Justitie heeft niet geleid tot een invasie van buitenlandse brievenbusvennootschappen. Wellicht komt dit vooral doordat de concrete grenzen die de Europese casuïstiek – overigens nog nooit over de werkelijke zetelleer zoals in België toegepast – stelt, uit de aard zelf onduidelijk zijn. Die rechtsonzekerheid is de *redeeming virtue* van die rechtspraak, die verloren zou gaan als de Belgische wetgever zelf rechtszekerheid zou scheppen door een consequente keuze ten voordele van de statutaire zetelleer.

3.2 De andere voordelen zijn niet reëel. Ook de andere voordelen die worden aangehaald ter ondersteuning van de invoering van de statutaire zetelleer, zijn vatbaar voor kritiek. We verwijzen in dit verband naar de belangwekkende bijdrage van dr. K. Maresceau, “Belgium, get ready to compete for corporate charters: een pleidooi voor de invoering van de statutaire zetelleer”, in H. BRAECKMANS, O. CAPRASSE et al., *De modernisering van het vennootschapsrecht*, Brussel, Larcier, 2014, 203-237.

3.2.1 “Door de statutaire zetelleer worden Belgische vennootschappen niet gedwongen van toepasselijk recht te veranderen”. De statutaire zetelleer zou een antwoord bieden op het probleem dat naar Belgisch recht opgerichte vennootschappen gedwongen worden van nationaliteit te veranderen wanneer hun werkelijke zetel buiten België ligt.

Dat probleem bestaat echter maar wanneer de werkelijke zetel op oneigenlijke manier wordt ingezet als zelfstandige, multilaterale aanknopingsfactor. Als men de werkelijke zetelleer juist begrijpt (zie hoger nr. 1), rijst dit probleem niet. Zo weigerde de Raad van State in het arrest-Vanneste terecht een Belgische vennootschap de Belgische rechtspersoonlijkheid te ontnemen omwille van het enkele feit dat zij haar werkelijke zetel feitelijk naar het buitenland had verplaatst (RvS 29 juni 1987, *Pas.* 1990, IV, 114, *TRV* 1988, 110, noot K. LENAERTS). Hoewel in dit arrest vaak méér wordt gelezen dan er in staat, kan het vooral worden gezien als een unilaterale toepassing van de werkelijke zetelleer: een feitelijke “verhuis” naar het buitenland van het beslissingscentrum van een vennootschap naar Belgisch recht, zonder een formele wijziging van het toepasselijk recht, levert géén probleem op vanuit de Belgische rechtsorde.

3.2.2 “De statutaire zetelleer bevordert de ‘export’ van Belgisch vennootschapsrecht.” Daarnaast zou, door de statutaire zetel als aanknopingspunt te nemen, ons land zijn vennootschapsrecht als exportproduct in de markt kunnen zetten.

Het huidige systeem belet echter evenmin dat ondernemingen met zwaartepunt en beslissingscentrum in het buitenland kiezen voor een Belgische rechtsvorm. Dat gebeurt ook courant bij vennootschappen die deel uitmaken van een internationale groep, zonder dat dit problemen stelt.

Buiten die laatste hypothese, gebeurt zulke ‘export’ zelden. Het is ook maar zeer de vraag of dit zelfs bij een verregaande modernisering van het vennootschapsrecht anders zou zijn, als niet tegelijkertijd andere factoren, zoals het gerechtelijk systeem of de governance van de insolventieboedel, fundamenteel worden gewijzigd.

Wat zou zulke ‘export’ overigens bijbrengen voor de reële economie? Wellicht zeer weinig, tenzij voor juridische adviseurs. Die laatsten hebben anderzijds ook het meest te verliezen als, onverhoopt maar niet onrealistisch, er in plaats van ‘export’ van het Belgisch vennootschapsrecht een massale ‘import’ van buitenlands vennootschapsrecht zou plaatsvinden door de keuze voor de statutaire zetelleer.

* *
*

Uiteraard zijn we altijd bereid het voorgaande verder toe te lichten.

Tot slot willen we nog deze vraag stellen: maakt de ambitie om – in concurrentie met een groot deel van de rest van Europa – het Europese “Delaware van het vennootschapsrecht” te willen worden niet blind voor het inzicht dat België misschien al wel bijna honderd jaar het “Delaware van het verenigingsrecht” is? En zou het geen sluwere optie zijn om vooral in te zetten op deze niche, waar er minder concurrentie is en een rijkere humus, deels door een historische traditie (o.a. de internationale vereniging), deels door de positie van Brussel als zetel van belangrijke internationale organisaties?

Hoogachtend,

Joeri Vananroye

Gillis Lindemans

Docent handelsrecht
Advocaat te Brussel (Quinz)

Doctoraatsbursaal
Instituut voor Handels- en Insolventierecht